Münster 1936 No 7 Jur DISS

# Anspruchskonkurrenz außerhalb des Verhältnisses von Vertrag und Delikt

## Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
einer
Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
**Karl Berger**
Gerichtsreferendar aus Dortmund

1936
Druck: Heinr. Pöppinghaus o. H.-G., Bochum-Langendreer

Referent: Herr Geheimrat Prof. Dr. Krückmann.
Korreferent: Herr Prof. Dr. Schumann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547204_0058

## Literaturverzeichnis.


Biermann: Bürgerliches Gesetzbuch. Sachenrecht. 3. Auflage, Berlin 1914.

Bruns: Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts, 1874.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd., 7. und 8. Aufl. Jena 1924.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 2. Bd. Tübingen 1902.

Dietz: Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt. Bonn 1934.

Eisele: Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz. Arch. Ziv. Pr., Band 79, Seite 327 ff.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Band 1, 8. Auflage. Berlin 1903.

— Sachenrecht. 8. und 9. Auflage.

Frerichs: Die Bedeutung des § 1007 im Verhältnis zu den Ansprüchen aus §§ 861, 985, 812 ff., 823 ff. BGB. Dissertation Halle 1934.

v. Gierke: Deutsches Privatrecht. Band 3. München und Leipzig 1917.

— Der Fahrnisbesitz, 1898.

Heck: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.

— Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930.

Hedemann: Schuldrecht des bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Auflage. Berlin und Leipzig 1931.

Hellwig: Anspruch und Klagerecht. Jena 1900.

— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Band I 1903, Band II 1907.

Heuer: Die Subsidiarität des Bereicherungsanspruches und die Kondiction des Besitzes. Dissertation Göttingen 1927.

Herbst: Konkurrenz des Anspruches aus § 985 BGB. mit Ansprüchen aus anderem Rechtsgrunde. Dissertation. Göttingen 1930.

Jung: Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes. Leipzig 1902.

Klatzko: Die Konkurrenzform der Ausschließlichkeit. Ein Beitrag zur Lehre von der bürgerlichen Gesetzeskonkurrenz. Breslau 1931.

Krückmann: Institutionen, 1929.

— Verschuldensabrechnung und Gefährdungsaufrechnung. Ein Beitrag zur Lehre von der zivilr. Gesetzeskonkurrenz. Jher. Jahrb. Band 52, Seite 428 ff.

Lent: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und im Zivilprozeß. Band I. Leipzig 1912.

Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem bürgerlichen Gesetzbuche. 1903.

Liszt: Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1898.

v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig 1903.

Meyer: Konkurrenz des Herausgabeanspruches des Eigentümers (§ 985 BGB.) und seiner Folgeansprüche (§ 987 ff. BGB.) mit Vertragsansprüchen. Dissertation. Göttingen 1933.

Oertmann: Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. 5. Auflage, 1929.

— Dingliche und persönliche Herausgabeansprüche; in Jher. Jahrb. Band 61, Seite 44 ff.

Peters: Die Klagenkonkurrenz des römischen, gemeinen und bürgerlichen Rechtes. Berlin 1902.

Planck: Recht der Schuldverhältnisse. Besonderer Teil. Band II, 2. 4. Auflage 1928.
— Sachenrecht, Band III., 5. Auflage, 1933.
Plessen: Die Grundlagen der modernen condictio. 1904.
Prym: Die Konkurrenz des Anspruches aus dem Vertrage mit dem Anspruche aus unerlaubter Handlung. Dissertation. Bonn 1905.
Regelsberger: Pandekten. Band I. Leipzig 1893.
v. Savigny: System des heutigen römischen Rechts. 5. Band. 1841.
Schmidt: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht. München 1915.
Schulz: Zwei Fragen zur Auslegung der §§ 987 ff. BGB. Gruchot-Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Band 64, Seite 400 ff.
Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. Leipzig 1903.
— Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio. Ein Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz. Leipzig 1907.
Staudinger: Kommentar zum BGB. Band II, 9. Auflage, 1929.
— Sachenrecht, 1935.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuches Band I. Leipzig 1910.
Windscheid: Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts. 1856.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I. 9. Auflage, 1906.
Waechter: Die Subsidiarität des Bereicherungsanspruches. Dissertation. Göttingen 1932.
Witepski: Die Konkurrenz von Bereicherungsanspruch und Eigentumsanspruch. Dissertation. Marburg 1933.
Wolff: Sachenrecht, 1932.
Wrzeszinski: Die Konkurrenz der Ansprüche nach gemeinem Rechte und dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuches. Dissertation. Freiburg 1902.

## Inhaltsangabe.

### I. Teil:


| | | Seite |
|---|---|---|
| Die geschichtliche Entwicklung des Begriffs der Anspruchskonkurrenz und ihre heutige Form | | 1 |
| § 1. | Die actiones concurrentes des römischen Rechts | 1 |
| § 2. | Die gemeinrechtliche Klagenkonkurrenz | 2 |
| § 3. | Anspruchskonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz | 4 |


### II. Teil:


| | | |
|---|---|---|
| Beispiele von Anspruchskonkurrenzen | | 6 |
| § 4. | Die Behauptung der Subsidiarität des Bereicherungsanspruches | 6 |
| § 5. | Anspruchskonkurrenz bei Zusammentreffen des Anspruches § 812 BGB. mit dem Anspruch aus § 985 BGB. | 7 |
| § 6. | Konkurrenz des Bereicherungsanspruches mit dem Anspruch wegen unerlaubter Handlung | 10 |
| § 7. | Das Verhältnis der Ansprüche aus Vertrag zu den Ansprüchen aus §§ 985 ff. BGB. | 11 |
| § 8. | Das Verhältnis der §§ 989 ff. BGB. zu den Deliktsvorschriften | 15 |
| § 9. | Konkurrenz der Ansprüche aus den §§ 861, 1007, 985, 823/249 BGB. | 20 |
| § 10. | Zusammenfassung der Ergebnisse | 25 |

# I. Teil.

## Die geschichtliche Entwicklung des Begriffs der Anspruchskonkurrenz und ihre heutige Form.

### § 1. Die „actiones concurrentes" des römischen Rechts.

Die heutige Lehre[1]) von der Anspruchskonkurrenz geht zurück auf die römisch-rechtliche Aktionenkonkurrenz. Als ältester Monograph dieser Lehre ist der römische Klassiker Paulus auf Grund seines bruchstückweise in die Digesten[2]) übergegangenen „liber singularis de concurrentibus actionibus" anzusehen.

Die im Anschluß an Paulus den römischen Quellen geläufige Formel „concurrunt actiones" deckt sich im Kern begrifflich mit der heutigen Anspruchskonkurrenz, da der Ausdruck „actio" in diesem Zusammenhang nicht im prozessualen Sinne als Klagehandlung, sondern privatrechtlich als materielles Klagerecht zu verstehen ist[3]).

Seit Windscheid: „Die Actio des römischen Zivilrecht" wird das Wort „actio" in dem vorbezeichneten Sinne in der Literatur überwiegend mit „Anspruch" übersetzt[4]). Das BGB. ist in seiner Definition des „Anspruchs" im § 194 BGB. dem Sprachgebrauche Windscheids gefolgt[5]). Deckt sich

---

[1]) Das BGB. hat sich mit der Frage der Anspruchskonkurrenz nicht ausdrücklich befaßt. (Anders das sächsische BGB. in § 149 und der Dresdner Entwurf Art. 320. Jedoch sagen diese Bestimmungen nichts über die Möglichkeit des Nebeneinanderbestehens mehrerer Ansprüche, sondern besagen nur, daß bei Befriedigung desselben rechtlichen Interesses durch einen Anspruch die anderen Ansprüche ihre Existenzberechtigung verlieren.) Die Motive zum BGB. I, Seite 278 geben als Grund für die Nichtregelung der Anspruchskonkurrenz an, die Lösung dieser Frage sei im Grunde genommen einfach, könnte aber durch eine gesetzliche Regelung leicht zu Mißverständnissen führen, da sich eine zweifelsfreie Formel für diese Materie nicht finden lasse. Die Lösung dieses Fragenbereiches ist somit der Wissenschaft überlassen.

[2]) l. 34 D. de o. et. a. 44, 7.
l. 88 D. de furtis 47, 2.

[3]) Vgl. die berühmte Begriffsbestimmung des Celsus in l. 51. D. de o. et a. 44, 7 „nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi."

[4]) Wrzeszinski, a. a. O., Seite 4.

[5]) Der Ausdruck actio in der vorbezeichneten Bedeutung deckt sich vielleicht nicht völlig mit dem Begriff des Anspruchs i. S. des § 194 BGB., denn der Anspruch

die Formel der „concurrentes actiones“ — wie bereits ausgeführt — im Kern mit der heutigen Anspruchskonkurrenz, so ist sie doch für die Klärung des Konkurrenzproblems wenig geeignet. Daß die römischen Juristen das Verbum „concurrere“ in einem bestimmten begrifflichen Sinne vom Blickpunkt der Konkurrenzlehre aus verstanden hätten, läßt sich nicht sicher feststellen. Jedenfalls tritt das Wort in den verschiedenartigsten Verbindungen und Behandlungen auf [6]). Nur soviel läßt sich mit Sicherheit sagen, daß unter dem Begriff „concurrentes actiones“ mehrere koexistente Klagerechte zu verstehen sind, die in irgendwie beschaffener Beziehung zueinander stehen [7]).

## § 2.

### Die gemeinrechtliche Klagenkonkurrenz.

Auch die gemeinrechtliche Wissenschaft brachte zunächst kaum Fortschritte in der dogmatischen Klärung des Begriffs der Klagen- (bzw. Anspruchs)-konkurrenz, unter der sie im wesentlichen das Zusammentreffen mehrerer Klagen verstand, die in Beziehung auf dasselbe Parteienverhältnis oder dasselbe Objekt begründet sind. Sie gelangte zur Unterscheidung mehrerer Arten der Klagenkonkurrenz, nämlich der subjektiven Konkurrenz, die auf einer Mehrheit von Klägern oder Beklagten, und der objektiven Konkurrenz, die auf einer Mehrheit von Klagegegenständen beruhten. Die letztere unterschied man wiederum in die kumulative Konkurrenz, bei der die verschiedenen Klagen unabhängig von einander gleichzeitig durchführbar waren, die sukzessive Konkurrenz, die vorlag, wenn sämtliche Klagen, jedoch nur in bestimmter Reihenfolge, durchgeführt werden konnten und die elektive Konkurrenz, die man annahm, wenn der Klageberechtigte unter mehreren konkurrierenden Klagen eine wählen konnte, nach deren Erhebung die übrigen ausgeschlossen waren.

Es blieb v. Savigny vorbehalten, die ersten großen Schritte zur Klärung des Konkurrenzbegriffes zu tun. Ausgangspunkt war für ihn die Frage: „Inwiefern kann die Koexistenz mehrerer Klagen auf die Wirksamkeit jeder einzelnen unter ihnen Einfluß haben?“ [8]) Er gelangte zunächst zu der Feststellung, daß dies nur bei völliger oder teilweiser Identität der mehreren Klagen der Fall sein könnte. Unter den verschiedenen möglichen Identitätsgründen, wie z. B. Gemeinschaftlichkeit des Entstehungsgrundes, Gleichheit der Parteien, Gemeinsamkeit des juristischen Gegenstandes oder Zwecks, kommt jedoch, wie v. Savigny weiterhin nachweist [9]), nur das letztere als Kon-

---

kann auch außergerichtlich — etwa durch Aufrechnung, Zurückbehaltung u. a. — geltend gemacht werden, die „actio“ dagegen nur gerichtlich durch Klage, Widerklage und Einrede.

[6]) Peters, Seite 1 f.
[7]) Danzmann, Seite 14.
[8]) A. a. O., Seite 205.
[9]) A. a. O., Seite 206 ff.

kurrenz begründendes Moment in Betracht, da mehrere konkurrierende Klagen auf ihre Wirksamkeit eben nur dann von gegenseitigem Einfluß sein können, wenn sie den juristischen Gegenstand oder Zweck gemeinschaftlich haben [10]). Die in dieser Weise konkurrierenden Klagen stehen zueinander im Verhältnis der Ausschließung.

v. Savigny gebührt demnach das Verdienst, erkannt zu haben, daß nur in den von den älteren gemeinrechtlichen Schriftstellern als elektive Klagenkonkurrenz bezeichneten Fällen echte Konkurrenz vorliegt. Er verwirft [11]) daher folgerichtig die Unterscheidung in subjektive und objektive Konkurrenz; denn es kann bei der Frage, ob mehrere Ansprüche miteinander konkurrieren, nicht einzig und allein darauf ankommen, ob sie den Anspruchsberechtigten und den korrelaten Verpflichteten gemeinsam haben. v. Savigny scheidet ferner mit Recht alle übrigen, von der älteren gemeinrechtlichen Theorie als Unterfälle der sog. „objektiven" Klagenkonkurrenz bezeichneten Fälle aus dem Gebiete der Konkurrenz aus. Ist es doch begrifflich ein Widerspruch in sich, von „sukzessiver Konkurrenz" zu reden, da Konkurrenz nur zwischen nebeneinander bestehenden Rechten, nicht aber zwischen solchen vorliegen kann, die sich einander in ihrem Dasein oder Ausübung bedingen. Auch der Ausdruck „kumulative Konkurrenz" ist widerspruchsvoll, da bei unabhängig von einander durchführbaren Ansprüchen nicht von einem Konkurrenzverhältnis gesprochen werden kann.

Nicht in die Lehre der Konkurrenz gehören endlich, wie auch bereits v. Savigny [12]) festgestellt hat, die Fälle der sog. „alternativen Konkurrenz" [13]). Man wird hier mit Wrzeszinski [14]) sagen müssen, daß die für eine Konkurrenz notwendige Voraussetzung der Koexistenz mehrerer Ansprüche von vornherein nicht gegeben ist, da lediglich die Entwicklungsbedingungen zweier Ansprüche vorliegen, mit dem Werden des einen Anspruchs jedoch die Alternative und damit die Entfaltungsmöglichkeit des anderen Anspruchs beseitigt wird.

Der von v. Savigny herausgestellte Konkurrenzbegriff erfährt eine bedeutsame Einschränkung durch Eisele [15]), der als weitere Voraussetzung

---

[10]) Dieser Gedanke findet in der neueren Literatur verschiedene Formulierungen: Endemann, a. a. O., Seite 418 z. B. stellt es auf die Einheit des „rechtlichen Erfolges"; Lent, a. a. O., Seite 72 auf die Identität des Zieles, d. i. der „Leistung" ab. Am brauchbarsten erscheint jedoch wohl die Formulierung bei Regelsberger, a. a. O., Seite 654 und Hellwig, a. a. O., Seite 105 (Anspr. und Klagerecht), die von der Identität des „rechtlichen Interesses" sprechen. Dieser Ausdruck verbindet, wie Wrzeszinski, a. a. O., Seite 10/11 richtig bemerkt, in geeigneter Weise das objektive Moment des rechtlichen Erfolges mit dem subjektiven Moment des Interesses.

[11]) A. a. O., Seite 211.

[12]) A. a. O., Seite 256; vgl. ebenso Langheineken, a. a. O., Seite 193 f.; v. Tuhr, a. a. O., Seite 286, N. 61; Wrzeszinski, a. a. O., Seite 12.

[13]) Endemann, a. a. O., Seite 419 unterstellt diese Fälle jedoch dem Konkurrenzbegriff.

[14]) A. a. O., Seite 12.

[15]) A. a. O., Seite 330.

der Klagenkonkurrenz Personenidentität auf der Gläubiger- und auf der Schuldnerseite verlangt. Daß die Identität des Anspruchsberechtigten wesentlicher Bestandteil des Konkurrenzbegriffes sei, wird auch in der neueren Literatur wohl von niemand bestritten. Dagegen gehen bei der Frage, ob Personenidentität auf der Schuldnerseite ein notwendiges Element des Konkurrenzbegriffes darstelle, die Meinungen auseinander[16]). Es würde jedoch, falls man die Personengleichheit auf der Seite der Anspruchsverpflichteten für unwesentlich hielte, für den Begriff der Anspruchskonkurrenz nichts gewonnen sein, vielmehr hierdurch lediglich das Gebiet der Anspruchskonkurrenz auf Rechtsinstitute, wie z. B. die passive Korrealität, die Solidarität u. a. ausgedehnt werden[17]). Ob man allerdings diese Einschränkung vornehmen soll oder nicht, ist — wie Eisele, a. a. O., S. 331, zutreffend sagt — in erster Linie eine Frage der Methodik. Zwingende Gründe dogmatischer Art lassen sich weder dafür noch dagegen anführen. Aus den dargelegten Zweckmäßigkeitserwägungen ist jedoch mit Eisele und den ihm nachfolgenden Schriftstellern die Identität der Verpflichteten als Voraussetzung der Anspruchskonkurrenz zu fordern.

## § 3.

### Anspruchskonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz.

Es bleibt noch auf die Frage einzugehen, ob als weitere Voraussetzung für das Vorliegen der Konkurrenz der Ansprüche außer der Identität des rechtlichen Interesses und der Gleichheit der Anspuchssubjekte zu fordern ist, daß die mehreren Ansprüche verschiedenen Tatbeständen entstammen. Diese Frage ist äußerst bestritten. Sie wird bejaht von den Autoren, die dem zunächst im Strafrecht entwickelten Begriff der Gesetzeskonkurrenz auch für das Zivilrecht Gültigkeit beimessen. Als erster hat wohl Hellwig[18]) den Satz aufgestellt „ein und derselbe Tatbestand erzeugt nur einen Anspruch". Ihm folgen u. a. Endemann[19]), v. Tuhr[20]), dann auch insbesondere Lent[21]).

Danzmann[22]) und andere Schriftsteller verneinen die Frage, indem sie sich gegen die Übertragung des angeblich nur für das Strafrecht geltenden Begriffes der Gesetzeskonkurrenz auf das Gebiet des bürgerlichen Rechts wenden. Dieser Begriff sei deshalb für das Strafrecht brauchbar und notwendig.

---

16) Die Frage wird verneint z. B. von Hellwig, (Anspr. u. Klagr.) Seite 87; Windscheid-Kipp, a. a. O., S. 608.

17) So Prym, a. a. O., Seite 15; Wrzeszinski, a. a. O., Seite 8.

18) Anspr. u. Klagrecht, Seite 98.

19) A. a. O., Seite 418.

20) A. a. O., Seite 276.

21) A. a. O., Seite 13, 70 ff.

22) A. a. O., Seite 31.

weil der Staat als Träger der Strafhoheit sich damit begnügen könne, daß ein und derselbe Tatbestand nur einen Anspruch erzeuge. Das auf dem Boden der Gleichordnung der Rechtsgenossen stehende Zivilrecht sei indes bestrebt, mit seinen vielgestaltigen Rechtsfolgen den mannigfaltigsten Interessen zu dienen. Dieses Streben werde gehemmt, wenn man für das Zivilrecht den Satz aufstelle, daß ein Tatbestand nicht mehr als einen Anspruch zu erzeugen im Stande sei.

Die von Hellwig und den ihm folgenden Schriftstellern vertretene Auffassung, daß die Regeln der Gesetzeskonkurrenz auch im Zivilrecht Anwendung finden, ist grundsätzlich richtig. Es ist demnach für das bürgerliche Recht der Satz aufzustellen, daß ein und derselbe Tatbestand nicht mehrere Ansprüche erzeugen kann. Bei der Entscheidung der Frage, ob ein einziger oder mehrere Tatbestände vorliegen, ist jedoch mit Krückmann nicht auf den äußeren Vorgang, den objektiven Tatbestand des historischen Geschehens, sondern auf den Tatbestand des „erhobenen Anspruchs" abzustellen [23]). Zur Erläuterung dieser Ausführungen möge folgendes Beispiel dienen [24]): Der Vermieter klagt mit der Vertragsklage auf Rückgabe oder auf Schadensersatz, nicht weil der Mieter die Sache beschädigt hat, sondern weil er aus dem Mietvertrage zur Rückgabe verpflichtet ist und sie nicht unbeschädigt zurückgibt. Mag die Klage auch immer auf die konkrete Sachbeschädigung abgestellt sein, es ist aber eine Klage wegen Rückgabe der Sache in beschädigtem Zustand. Darum behauptet der Kläger auch nicht, daß der Beklagte die Sache beschädigt hat, er würde damit auch recht verkehrt handeln, vielmehr hält er sich einfach an die Nichterfüllung der Pflicht zur unbeschädigten Rückgabe. An dem Beklagten liegt es, nachzuweisen, daß er nicht verantwortlich ist. Bei der Deliktsklage hingegen behauptet der Kläger die schuldhafte, rechtswidrige Verletzung seiner Sache. Von dieser ist in der Vertragsklage an sich garnicht die Rede. Andererseits gehört zum Tatbestand des Vertragsanspruches der Abschluß des Vertrages und von diesem ist in der Deliktsklage wieder keine Rede. Wir haben zwei verschiedene Tatbestände vor uns und es ist falsch, nur auf die schädigende Handlung zu sehen in der Meinung, daß sie beide Male in gleicher Weise den Tatbestand sowohl des Vertrags- wie auch des Deliktsanspruches erfülle. Zum Vertragsanspruch gehört mehr und etwas anderes als zum Deliktsanspruch, wie jede Klage und jedes Urteil zum Ausdruck bringt.

Unter Zusammenfassung der vorstehenden Darlegungen ergibt sich nunmehr folgender Begriff der Konkurrenz der Ansprüche:

Anspruchskonkurrenz ist das Zusammentreffen mehrerer auf verschiedenen Tatbeständen beruhender sowie auf dasselbe rechtliche Interesse gerichteter Ansprüche zwischen demselben Berechtigten und demselben Verpflichteten.

---

23) Jher. Jahrb. Bd. 52, Seite 428 ff. insbesondere Seite 435 ff.
24) Krückmann, a. a. O., Seite 435/6.

## II. Teil.

## Die einzelnen Konkurrenzfälle.

### § 4.

### Die Behauptung der Subsidiarität des Bereicherungsanspruches.

Im Schrifttum findet man nicht selten die Auffassung vertreten, daß eine Konkurrenz eines Anspruches aus §§ 812 ff. BGB. mit einem Anspruch aus einem anderen Rechtsgrunde deshalb nicht möglich sein soll, weil die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung subsidiärer Natur seien [25]) und demnach ausscheiden müßten, wenn das gleiche rechtliche Interesse aus einem anderen Rechtsgrunde verlangt werden könnte. Der Tatbestand sei seinem Wortlaut nach nur als „Ventil" gedacht [26]) und seine Anwendung erübrige bzw. verbiete sich daher in den Fällen, wo es eines besonderen Aushilfsmittels nicht bedürfe. „Die Bereicherungsklage ist gleichsam das letzte Rechtsmittel, welches erst, wenn kein anderes Mittel mehr übrig bleibt, zur Anwendung kommt" [27]). Oertmann, der die Konkurrenzfähigkeit des Bereicherungsanspruches ebenfalls verneint, führt zur Begründung seiner Ansicht aus:

> „Die Bereicherungsansprüche setzen ja gerade den Mangel einer Sonderverbindung voraus. Sie passen somit nicht auf solche Fälle, wo eine solche Sonderverbindung besteht, die Frage der beiderseitigen Ansprüche sich also nach ihrer Eigenart richtet" [28]).

Den Verfechtern dieser Auffassung ist jedoch zu entgegnen, daß kein Grund vorhanden ist, den Bereicherungsanspruch, wenn dessen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, deshalb auszuschließen, weil dem Berechtigten ein anderer

---

[25]) Lent, a. a. O., Seite 287: „Man scheidet mit der Subsidiarität den einen Tatbestand einfach aus und macht die nur in ihm enthaltenen Tatsachen zu rechtlich bedeutungslosen. Dieser Vorgang wird sich aber nur rechtfertigen bei ganz überwiegender Bedeutung des bleibenden Tatbestandes, neben dem die Heranziehung und Benutzung des zweiten unnötig erscheint."

[26]) Hedemann, Schuldrecht, S. 417: „Die ungerechtfertigte Bereicherung ist berufen als Regulator für alle die Fälle, die sich ohne ihn nicht glatt und restlos lösen lassen."

[27]) Jacobi, Jher. Jahrb. Bd. 4, S. 167.

[28]) Vorbem. 4 zu § 812; vgl. auch Heck, a. a. O., § 144, III.

Anspruch auf das gleiche rechtliche Interesse zusteht [29]). Der Bereicherungsanspruch ist ein selbständiger Anspruch. Weder aus dem Wortlaut des Gesetzes noch aus dem Wesen der Bereicherungsvorschriften kann deren Zurücktreten gegenüber anderen Vorschriften gefolgert werden [30]) [31]). Ist es nicht überhaupt eine Anomalie, eine gesetzliche Vorschrift nicht anzuwenden, obwohl deren Tatbestand erfüllt ist? [32]) Dies wird nur unter ganz strengen Voraussetzungen zu billigen sein, wenn nämlich die Zulassung des einen Gesetzes mit Sinn und Zweck des anderen in Widerspruch steht. Diese Gründe treffen aber bezüglich der Vorschriften des Bereicherungsrechts nicht zu, und es kann daher von einer Subsidiarität dieser Bestimmungen keine Rede sein. Es liegt somit kein einleuchtender Grund vor, dem Berechtigten den Bereicherungsanspruch zu versagen, wenn ihm sonstige auf dasselbe Interesse gerichtete Ansprüche gegen den Verpflichteten zustehen.

Dann verdient noch folgender Hinweis in diesem Zusammenhang der Erwähnung: Im Zivilprozeß herrscht, wenn heute auch nicht mehr schrankenlos, der Grundsatz der Verhandlungsfreiheit. Genügt nun das rechtlich erhebliche Geschehen den Erfordernissen mehrerer Normen, so steht es im Belieben des Klägers, ob er seinen Vortrag so gestaltet, daß nur der eine oder andere oder so, daß beide begründet erscheinen. Für die Untersuchung des Verhältnisses mehrerer Ansprüche zueinander ist naturgemäß Voraussetzung, daß der Klagvortrag des Klägers beide Ansprüche begründet erscheinen läßt.

## § 5.

### Das Verhältnis der Ansprüche aus den §§ 812 ff. BGB. zu den Ansprüchen der §§ 985 ff. BGB.

Übergibt der Eigentümer A auf Grund eines — wie sich nachher herausstellt — nichtigen Leistungsgeschäftes dem B eine Sache, so kann A, da er Eigentümer geblieben ist, gemäß § 985 BGB. Herausgabe verlangen. Außerdem entspricht dieser Vorgang noch den Erfordernissen des § 812 BGB., denn B hat auf Kosten des A ohne rechtlichen Grund den Besitz der Sache erlangt [33]). Was nun das Verhältnis der beiden Ansprüche zueinander be-

---

29) RGRKom. § 812, Nr. 7; Plessen, a. a. O., Seite 61; Cosack-Mitteis, Seite 810; Staudinger, Vorbem. 6 vor § 812; Planck, Vorbem. 5 zu § 812.

30) RG., 48/142: „Weder der Wortlaut des Gesetzes noch die Motive zum I. Entwurf lassen entnehmen, daß die durch die Bereicherungsklage beabsichtigte Ausgleichung einer Vermögensverschiebung nur als Aushilfsmittel gewährt werden sollte."

31) Grundgedanke des Anspruches aus ungerechtfertigter Bereicherung ist, einen Ausgleich zu schaffen zwischen formeller und materieller Rechtslage im Interesse der sozialen Gerechtigkeit. v. Gierke, Privatr., Bd. III, § 218 II.

32) Dietz, Seite 44 und die in Note 72 aufgeführten Schriftsteller.

33) Daß auch der Besitz Gegenstand der Bereicherung sein kann, ist allgemein anerkannt. Der I. Entwurf des BGB. hat im § 737 III ausdrücklich eine Rückgabe-

trifft, so ist m. E. der Auffassung der Meinung zuzustimmen, die lehrt, daß beide Ansprüche bezüglich ihres primären Inhalts, der bei beiden identisch ist, konkurrieren [34]). Dem Berechtigten bleibt es also unbenommen, statt auf Grund seines ihm verbliebenen Eigentums wieder in den Besitz der Sache zu kommen, mit dem Besitzbereicherungsanspruch die Herausgabe zu erwirken, der deshalb für ihn günstiger sein kann, weil ihm zur Begründung der Aktivlegitimation der Nachweis seines Eigentums erspart bleibt.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang noch die Feststellung, daß auch einige Vertreter der Subsidiarität der Bereicherungsvorschriften eine Konkurrenz des Bereicherungsanspruches mit dem Eigentumsanspruch für zulässig erachten. Sie führen zur Begründung an, beide Ansprüche seien grundverschieden, dienten dem Schutze verschiedener Rechtsgüter, und eine Verschiedenheit des Entstehungsgrundes für die Tatbestände sei ebenfalls gegeben [35]). Besonders unklar zu dieser Frage ist die Stellungnahme v. Mayrs. Zunächst spricht er sich für eine Konkurrenz beider Ansprüche aus: „Der Eigentumsanspruch ist nicht nur zulässig, wenn der Kläger kein Eigentümer ist, sondern auch, wenn er Eigentümer ist . . . ." [36]). Diese Ansicht steht jedoch im Widerspruch zu seinen Ausführungen auf Seite 388 ff., wo er bemerkt, daß in dem hier zur Erörterung stehenden Falle ein Bereicherungsanspruch ausgeschlossen sei, weil derjenige nicht auf Kosten eines anderen bereichert sein könnte, der diese angebliche Bereicherung kraft eines dinglichen Anspruches herausgeben müsse. Er bestreitet demnach das Vorliegen eines Bereicherungstatbestandes bei einer Vermögensverschiebung, die noch nicht endgültig — weil noch durch Rechtsmittel angreifbar — ist. Besonders eindeutig offenbart sich seine Ansicht bei der Erörterung des Verhältnisses des Bereicherungsanspruches zu dem Geschäftsanspruch [37]), wo er ausdrücklich betont [38]), eine Bereicherung liege in den Fällen überhaupt nicht vor, wo der Berechtigte kraft seines Anspruches in der Lage sei, dem Verpflichteten diese nur scheinbare Bereicherung jeden Augenblick zu entziehen. Diese befände sich in der Form des Anspruches im Vermögen des

---

pflicht auch für den Fall angeordnet, wenn „die Leistung nur in der Einräumung des Besitzes oder Innehabung besteht". Durch die weite Fassung des Bereicherungstatbestandes (etwas) erschien jedoch die Aufnahme dieser Bestimmung überflüssig. Vergleiche zu dieser Frage die Ausführungen bei Witepski, a. a. O., S. 11 ff.

34) RGR. Kom. § 812, Nr. 7; Planck, Bem. 5 vor §§ 812 ff.; Staudinger, Bem. 6 vor §§ 812 ff.

35) Oertmann, Vorbem. 4 zu § 812: „die condictio possessionis verfolgt das besondere gegenüber dem Eigentum selbständige Besitzrecht". In der 3. und 4. Auflage teilte Oertmann noch die Ansicht des Textes.

36) A. a. O., S. 170, 388.

37) A. a. O., S. 357, versteht er unter Geschäftsanspruch einen Anspruch, „der sich auf ein zwischen den Parteien begründetes Rechtsgeschäft stützt, auf eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist, oder auch nur auf einen zwischen den Parteien bestehenden rechtlichen Tatbestand, der kraft besonderer Rechtsnorm zu einem selbständigen Rechtsanspruch besonderer Art erhoben ist".

38) A. a. O., S. 358.

Berechtigten [39]). Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Es ist darauf hinzuweisen, daß es bestimmt nicht gleich ist, ob ich z. B. eine Sache in meinem Besitz habe, oder ob ich nur einen Anspruch darauf habe; denn der Besitz, die tatsächliche Innehabung macht reicher, auch wenn eine Pflicht zur Herausgabe besteht [40]). Auf das aktuelle Haben kommt es an, und solange eben noch nicht herausgegeben ist, hat der Verpflichtete. Dieser Umstand darf keineswegs hinter dem Herausgebenmüssen verschwinden.

Wenn auch das gleichzeitige Nebeneinanderbestehen der condictio possessionis mit dem Eigentumsherausgabeanspruch durchaus denkbar ist, so darf hieraus aber keineswegs gefolgert werden, daß auch die Nebenansprüche aus §§ 812 ff. BGB. und §§ 987 ff. BGB. im Verhältnis der Anspruchskonkurrenz stehen. Es ist vielmehr der Auffassung des RG. zuzustimmen, das zu der Frage des Verhältnisses dieser Ansprüche wie folgt Stellung genommen hat:

> „Die §§ 987 ff. BGB. enthalten Sondervorschriften, die unter Ausschluß der allgemeinen Vorschriften der §§ 812 ff. BGB. zur Anwendung zu kommen haben, sobald die für die Sonderbestimmungen bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Ist auf Grund der §§ 987 ff. BGB. eine eingetretene Vermögensverschiebung nicht auszugleichen, hat also der Besitzer gezogene Nutzungen nicht herauszugeben, so bilden die Gesetzesbestimmungen, die dies vorschreiben, den rechtlichen Grund für die Vermögensverschiebung, sodaß in einem solchen Fall der Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung nicht gegeben ist“ [41]).

Der Besitzer erhält also durch die Auswirkungen des § 987 BGB. die Nutzungen insoweit cum causa, als sie auf Grund dieser Bestimmung nicht von dem Eigentümer herausverlangt werden können. Der Besitzer hat einen gesetzlich anerkannten Titel kraft seines gutgläubigen Besitzes. Sein Haben wird durch § 987 BGB. für berechtigt erklärt.

Aber nicht nur aus diesen Erwägungen, sondern auch aus dem Wortlaut des § 993 I 2 BGB. kann eindeutig gefolgert werden, daß die Bereicherungsvorschriften ausgeschlossen sein sollen. Die Bedeutung dieser Vorschrift liegt — wie Witepski [42]) ausdrücklich und treffend anführt — in dem Anspruch, daß jede weitergehende Haftung ausgeschlossen sein soll. Unverständlich ist es, daß das RG. in einer neueren Entscheidung [43]) seinen Standpunkt aufgegeben hat und für eine Konkurrenz der Nebenansprüche aus §§ 812 ff. BGB. und §§ 987 ff. BGB. eingetreten ist. In dieser Entscheidung hat das RG. zum Ausdruck gebracht, der Eigentümer könne bei Nichtigkeit des zu Grunde liegenden Kaufvertrages Ansprüche wegen gezogener Nutzungen sowohl nach §§ 812 ff. BGB. als auch nach §§ 987 ff. BGB. geltend machen, und nur bei der Eigen-

---

[39]) So auch Bruns, a. a. O., S. 185.
[40]) Plessen, a. a. O., S. 60; Heuer, a. a. O., S. 6.
[41]) RG. in JW. 1912, S. 690, Nr. 16; Klatzko, a. a. O., S. 64 f.
[42]) A. a. O., S. 56 f.
[43]) RG. 129/307.

tumsklage seien die Beschränkungen des § 987 BGB. anwendbar. Der Eigentümer sei aber keineswegs gehindert, sich ausdrücklich auf die ungerechtfertigte Bereicherung zu berufen und die sich hieraus ergebenden weitergehenden Rechte geltend zu machen. Diese Ansicht des RG. kann keinesfalls als richtig anerkannt werden und auch in der Literatur ist sie allseits auf Widerspruch gestoßen [44]).

Das RG. hat scheinbar übersehen, daß — wie eingangs schon ausgeführt — eine selbständige Bereicherungsklage dadurch hinfällig werden kann, daß der Besitzer durch die Auswirkungen des § 987 BGB. die Nutzungen cum causa erhalten hat.

Im Bande 137 Seite 206 ff. ist dann auch das RG. zu seiner früheren, richtigen Ansicht zurückgekehrt und führt aus:

„Soweit es sich bei der Auseinandersetzung zwischen Eigentümer und Besitzer um den Umfang des Herausgabeanspruches des Besitzers in Ansehung der gezogenen Nutzungen handelt, stellen die Vorschriften der §§ 985 ff. BGB. eine erschöpfende Sonderregelung dar, die den allgemeinen Vorschriften des Bereicherungsrechts in den §§ 812 ff. BGB., diese ausschließend, vorgehen."

Dies ist zwar in dieser Allgemeinheit nicht unbedenklich, aber jedenfalls in dem hier gezeichneten Umfang richtig.

## § 6.

### Anspruchskonkurrenz zwischen Bereicherungsanspruch und Deliktsanspruch.

Aus dem Wortlaut des § 852 II BGB. „Hat der Ersatzpflichtige durch die unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten etwas erlangt, so ist er auch nach der Vollendung der Verjährung zur Herausgabe nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet" ist zu schließen, daß beide Ansprüche im Verhältnis der Anspruchskonkurrenz stehen [45]). Durch das Wort auch bringt das Gesetz doch eindeutig zum Ausdruck, daß der Ersatzpflichtige vor der Verjährung des Schadensersatzanspruches ebenfalls verpflichtet sein soll, daß also in diesem Fall beide Ansprüche konkurrieren [46]).

Die Richtigkeit dieser Auffassung wird mit besonderem Nachdruck von Heuer [47]) bekämpft, der den Worten „auch nach der Vollendung der Verjährung" die Bedeutung beimißt, daß hierdurch die zeitliche Dauer der Deliktshaftung erweitert werden soll. Nach seiner Auffassung ist der Anspruch aus

---

[44]) JW. 1930, S. 3210, Nr. 2.

[45]) Planck, Bem. 5 d vor § 823; Staudinger, Vorbem. III g zu § 823; RGR. Kom., § 852, Nr. 8; Prym, a. a. O., S. 15; Herbst, a. a. O., S. 61.

[46]) v. Mayr, S. 358: „Die Anwendung des Bereicherungsanspruches von dem Erlöschen des Ersatzanspruches abhängig zu machen, geht deshalb nicht an, weil das Gesetz den Bereicherungsanspruch auch nach Vollendung der Verjährung, demnach auch schon vor der Verjährung des Ersatzanspruches für zulässig erklärt."

[47]) A. a. O., S. 27/8; vgl. auch Lent, S. 338.

§ 852 II BGB. kein selbständiger Anspruch, sondern ein Überbleibsel des Deliktsanspruches, nur im Umfange, nicht aber in seinen Voraussetzungen richte sich der Anspruch nach den Bereicherungsvorschriften. Diese Auffassung ist mit Recht allgemein abgelehnt worden, weil ihr nicht nur der Wortlaut der Gesetzesvorschrift, sondern auch der Entstehungsgeschichte entgegensteht [48]).

## § 7.

### Das Verhältnis der Ansprüche aus Vertrag zu den Ansprüchen §§ 985 ff. BGB.

Können der Anspruch aus § 985 BGB. und seine Folgeansprüche §§ 987 ff. BGB. mit einem Vertragsanspruch konkurrieren? Von den Vertragsverhältnissen, bei denen diese Frage zur Diskussion steht, ist vor allem die Miete zu nennen. Vermietet der Eigentümer A eine Mietsache an B, so kann er als Eigentümer gemäß § 985 BGB. von B die Herausgabe verlangen und nach Beendigung des Mietverhältnisses hat er auch nach § 556 I BGB. als Vermieter einen Rückgabeanspruch. Aber auch bei anderen Schuldverhältnissen ist eine solche Herausgabepflicht ausdrücklich angeordnet (Pacht §§ 581 II/556, Verwahrung § 695, Leihe § 604 BGB. u. a.). Bei Identität von Gläubiger und Eigentümer steht daher die oben angeführte Frage zur Erörterung [49]).

Das Gesetz hat unmittelbar keine Bestimmung über die Regelung des Verhältnisses der Ansprüche aufgestellt, und wie Schrifttum und Rechtsprechung beweisen, gehen die Ansichten hierüber auseinander. Doch lassen sich m. E. mittelbar aus dem Gesetz für das Verhältnis dieser Ansprüche zueinander Anhaltspunkte feststellen, die die Meinung der herrschenden Lehre rechtfertigen, daß beide Ansprüche konkurrieren [50]). Die Lehre, daß der vertragliche Anspruch und der Anspruch aus § 985 BGB. nebeneinander möglich sind, ist mit besonderem Nachdruck von Siber bekämpft worden, der die Zulassung der rei vindicatio neben sonstigen vertraglichen bzw. gesetzlichen Schuldverhältnissen mehr aus Zweckmäßigkeits- als aus dogmatischen Gründen verwirft [51]). Es sei „moralisch verwerflich und praktisch unzweckmäßig", wenn dem Berechtigten außer seinem Vertragsanspruch noch der einredebehaftete dingliche

---

[48]) Motive II, S. 743.

[49]) Auf die Bedeutung des Verhältnisses der Ansprüche zueinander für das Rechtsleben bedarf es keines besonderen Hinweises, sind doch Arten und Folgen derselben grundverschieden (z. B. Verjährung, Beweislast, Gerichtsstand u. a.).

[50]) Dietz, a. a. O., S. 182 „Er (der Herausgabeanspruch) steht dem Eigentümer immer zu und kann auch nicht in Wegfall kommen, wenn der Eigentümer auch noch unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt von dem Besitzer Herausgabe verlangen kann, vor allem aus Vertrag und Delikt." Oertmann, Jher. Jahrb., Bd. 61/44; Krückmann, Inst., S. 557; Lent, a. a. O., S. 293; Wolff, Sachenr., § 84 I; Biermann, § 985, 1 b; Planck, Vorbem. 3 zu § 985; Staudinger, Vorbem. III zu § 985; RGR. Kom., § 985, Nr. 1.

[51]) Passivleg., S. 224 f., 239: die Zulassung sei „zwecklos und kaptiös".

Herausgabeanspruch zustehe; denn bei Säumnis des Beklagten bzw. bei Nichtgeltendmachung seines Rechts zum Besitz müsse auch dann auf Herausgabe erkannt werden, „wenn der Kläger die Stirn hat, den in der vorzeitigen Rückforderung liegenden Wortbruch in der Klage einzugestehen". Die Ausführungen Sibers sind allgemein abgelehnt worden, weil sich — wie Siber selbst zugibt — gesetzliche Anhaltspunkte für ihre Richtigkeit nicht anführen lassen [52]). Überhaupt berücksichtigt Siber nicht, daß der Besitzer, der sich nur einredeweise verteidigen kann, nicht schlechter gestellt ist, als jeder andere Verklagte auch, der sich nur einredeweise verteidigen kann.

Zum Beweise für die Richtigkeit der Annahme einer Anspruchsmehrheit sei zunächst auf den § 986 BGB. hingewiesen. Auf Grund des eindeutigen Wortlauts [53]) dieser Vorschrift und mit Rücksicht auf deren Entstehungsgeschichte [54]) muß gefolgert werden, daß dem berechtigten Besitzer nur eine Einrede gegeben ist [55]). Aus der Annahme, § 986 BGB. enthalte einen Einredetatbestand, ergibt sich, daß der Anspruch des Eigentümers durch die Einrede nicht aufgehoben wird. Die Einrede begründet nur gegen den an und für sich wirksamen Anspruch ein Gegenrecht, welches die praktische Durchführung des Anspruches für die Zeit des Bestehens desselben verhindert. Andererseits muß aber daraus gefolgert werden, daß bei Fortfall des Gegenrechts der Eigentumsanspruch durchgeführt werden kann, und es somit dem Eigentümer überlassen bleibt, ob er den Vertragsanspruch, den dinglichen Herausgabeanspruch oder beide zusammen geltend machen will [56]).

---

[52]) Siber stützt die Richtigkeit seiner Ansicht vor allem auf die Feststellung, daß seine Auffassung dem Wortlaut des Gesetzes nicht entgegenstehe. Vgl. Oertmann, a. a. O.

[53]) „Kann verweigern".

[54]) Vgl. Motive III, S. 421 f. Hieraus geht eindeutig hervor, daß der Gesetzgeber dem Besitzberechtigten nur eine Einrede geben wollte, wenn auch die Fassung des § 942 im Entwurf I (§ 986 BGB.) „der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer oder der Innehaber auf Grund eines Rechts an der Sache oder auf Grund einer ihm gegen den Eigentümer zustehenden Forderung zum Besitze berechtigt ist, die Sache zu behalten" keine Anhaltspunkte für die Annahme einer Einrede gibt. Siehe ferner Protokolle III, S. 329 ff., insbesondere S. 334.

[55]) So die herrschende Lehre. Vgl. Dietz, S. 183, und die dort in Note 5 zitierten Schriftsteller. Die Gegenmeinung sieht indes in der Geltendmachung eines Rechts zum Besitz eine Einwendung, sodaß ein Anspruch des Eigentümers überhaupt nicht entstanden ist. Vgl. die Ausführungen bei Wolff, Sachenr., § 84, IV, 1, Anm. 14, der zur Begründung der Richtigkeit seiner Lehre auf §§ 1004 II, 1007 II und 986 II BGB. verweist. Ebenso Scherk, Jher. Jahrb., Bd .67, S. 303 ff.: „Der Eigentümer hat kein seinen Herausgabeanspruch gegen den Besitzberechtigten begründendes Recht zum Besitz; der begründete Einwand des Rechts zum Besitz gegen einen dinglichen Herausgabeanspruch verneint den erhobenen Anspruch".

[56]) Siber, der doch die Möglichkeit einer Konkurrenz des dinglichen und vertraglichen Anspruchs verneint, beschränkt in konsequenter Durchführung seiner Lehre den § 986 BGB. auf solche Fälle, wo der Eigentümer keine persönliche Ansprüche gegen den Besitzer hat, dieser aber trotzdem auf Grund eines Gegenanspruches ein Recht zum Besitz hat (z. B. Zurückbehaltungsrecht). Passivleg., S. 239. Beachte hierzu die Stellungnahme Oertmanns in Jher. Jahrb., Bd. 61/48 f.

Aber auch § 931 BGB. bestätigt die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht über die Möglichkeit der Konkurrenz des dinglichen Anspruches mit dem persönlichen Anspruch. An welchen Anspruch der Gesetzgeber unter „Anspruch auf Herausgabe" gedacht hat i. S. des § 931 BGB., ist nicht ausdrücklich bestimmt. Aus den verschiedenartigsten Gründen können dem Eigentümer Ansprüche auf Herausgabe zustehen. So hat z. B. der Eigentümer, dem eine bewegliche Sache gestohlen ist, gegen den besitzenden Dieb u. U. Herausgabeansprüche aus §§ 861, 1007, 812, 985 und 823/249 BGB. Daß zur rechtswirksamen Eigentumsübertragung alle dem Berechtigten zustehenden Ansprüche abgetreten werden müssen[57]), ist zu verneinen, weil das Gesetz keinerlei Anhaltspunkte dafür bietet. Richtiger Ansicht nach kann unter „Anspruch auf Herausgabe" i. S. des § 931 BGB. nur der Anspruch aus § 985 BGB. verstanden sein; denn soll der Besitzerwerb, der doch grundsätzlich wesentlicher Bestandteil der Eigentumsübertragung ist, ausnahmsweise durch Zession eines Herausgabeanspruches ersetzt werden, so kann es sich doch nur um einen Anspruch handeln, der ausschließlich dem Eigentümer zusteht[58]). Ob zur wirksamen Eigentumsübertragung neben dem Eigentumsanspruch noch der obligatorische Anspruch abgetreten werden muß, ist streitig, aber für die Beantwortung der hier zur Diskussion stehenden Frage unwesentlich. Es genügt die Feststellung, daß dem Eigentümer, der zugleich mittelbarer Besitzer ist, der Anspruch aus § 985 BGB. gegeben ist, und somit aus § 931 BGB. ein neuer Beweisgrund für die Lehre der Annahme der Konkurrenz der Ansprüche aus Vertrag und § 895 BGB. gewonnen ist[59]).

Wenn auch bei Bestehen eines Vertragsverhältnisses dem Eigentümer gegen den zum Besitz berechtigten Besitzer (Mieter, Entleiher, Pächter u. a.) neben dem vertraglichen Anspruch auf Herausgabe noch die rei vindicatio gegeben ist, so muß doch die Annahme einer Anspruchsmehrheit der vertraglichen Schadensersatzbestimmungen §§ 280, 325 BGB. mit den Ansprüchen aus §§ 989 ff. BGB. verneint werden, da die Vorschriften der §§ 987 ff. BGB.

---

[57]) Hölder, Arch. f. zivil. Praxis, Bd. 93, S. 17: „Der Anspruch auf einen Erfolg kann verstanden werden im Sinne der Gesamtheit der bezüglich desselben dem Berechtigten aus irgendeinem Grunde zustehenden Ansprüche. Diese Bedeutung hat die Bezeichnung des Anspruches in § 931 BGB.

[58]) Biermann, § 931; Staudinger, § 931, 3a; Planck, § 931, Anm. 3a.

[59]) Zu beachten ist, daß auch die Schriftsteller, die für den Fall, daß der Eigentümer mittelbarer Besitzer ist, die Abtretung des obligatorischen Anspruches für genügend erachten, keineswegs damit sagen wollen, daß dem Eigentümer der dingliche Anspruch nicht zustehe, sondern sie lehren, daß durch die Abtretung des obligatorischen Anspruches der mittelbare Besitz und damit auch das Eigentum und die rei vindicatio auf den Erwerber übergehe. Vgl. Wolff, Sachenr., § 67, II, 1: „In der Regel ist der Veräußerer mittelbarer Besitzer. Dann geschieht die Veräußerung durch Einigung über den Eigentumsübergang und Übertragung des mittelbaren Besitzes, demnach durch Abtretung des Anspruches, der dem Veräußerer auf Grund der Miete etc. zusteht. Dieser Anspruch und nicht der des Eigentums wird abgetreten. Der Veräußerer verliert allerdings den Eigentumsanspruch, aber er verliert ihn, weil er das Eigentum verliert."

sinngemäß nur auf den unrechtmäßigen Besitzer Anwendung finden können[60]). Daß die Vorschriften §§ 987 ff. BGB. nur auf den unrechtmäßigen Besitzer passen, ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen, kann aber aus einer Reihe von Gründen und aus den Bestimmungen selbst entnommen werden. So ist z. B. im § 990 BGB. vom guten und bösen Glauben die Rede. Der Berechtigte ist aber weder bös- noch gutgläubig. Er kann nicht davon in Kenntnis gesetzt werden, daß er zum Besitz nicht berechtigt ist. Die Vorschriften haben demnach nur Geltung für den unrechtmäßigen Besitzer[61]). Aber auch § 989 BGB. bestätigt die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht. Gemäß § 989 BGB. soll der Besitzer nach Rechtshängigkeit für sorgfältige Behandlung der Sache Sorge tragen. Diese Anordnung der Haftung hat aber doch nur dann praktischen Wert, wenn es zu einer Herausgabe kommt, wenn also dem Besitzer kein Recht zum Besitz zustand bzw. zusteht. Der Besitzer haftet demnach nicht nach diesen Vorschriften, wenn es nicht zur Herausgabe kommt, weil er ein Recht zum Besitz hat[62]). Solange also ein Vertragsverhältnis besteht, auf Grund dessen der Besitzer die Sache besitzt, ist ein wesentliches Tatbestandsmerkmal des § 989 BGB. (unrechtmäßiger Besitz) nicht erfüllt und somit für die Anwendbarkeit der Bestimmungen §§ 989 BGB. kein Raum. Die Haftung des Besitzers für Verletzung seiner aus dem Vertrage sich ergebenden Sorgfaltspflicht bestimmt sich demnach ausschließlich nach §§ 280, 325 BGB.

Dies gilt jedoch nur solange, wie die Besitzberechtigung dauert und daher nicht mehr, wenn das obligatorische oder dingliche Rechtsverhältnis und damit die Besitzberechtigung erloschen ist. Zerstört also B nach Beendigung der Mietzeit die Sache, so haftet er auch nach §§ 989 ff. BGB., und beide Ansprüche stehen im Verhältnis der Anspruchskonkurrenz[62a]).

Nicht beigepflichtet werden kann der Auffassung Lents[63]), daß die Vorschriften der §§ 987 ff. BGB. nur auf den von vornherein unrechtmäßigen Besitzer Anwendung finden könnten. Die §§ 987 ff. BGB. beziehen sich vielmehr sowohl auf den Fall, wo der Besitzer überhaupt kein Recht zum Besitz gehabt hat, wie auch auf die Fälle des „nicht mehr Berechtigten." Entscheidend für die Anwendbarkeit der §§ 987 ff. BGB. ist allein, daß im Augenblick der schädigenden Handlung der Besitzer kein Recht zum Besitz hat.

---

[60]) Die Feststellung ist von besonderer Bedeutung wegen der verschiedenen Regelung des Haftungsumfanges und der Verjährung.

[61]) Schmidt, S. 165/6; Lent, S. 259; Dietz, S. 187; Klatzko, S. 58/9.

[62]) Vgl. die unter [61]) aufgeführten Schriftsteller.

[62a]) Dietz, S. 189; Klatzko, S. 59; Schmidt, S. 166/7.

[63]) A. a. O., S. 258.

## § 8.

### Das Verhältnis der §§ 985 ff. BGB. zu den Deliktsvorschriften.

Es ist heute nahezu anerkannt, daß bei Zusammentreffen des Anspruches aus § 985 BGB. mit dem Anspruche aus §§ 823/249 BGB. Anspruchskonkurrenz mit den eingangs erwähnten Wirkungen vorliegt.

Streit herrscht nur hinsichtlich der Frage des Verhältnisses der Schadensersatzansprüche aus dem Eigentum (§§ 989 ff. BGB.) zu den Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung.

Zerstört ein Besitzer schuldhaft eine in seinem Besitz befindliche fremde Sache, nachdem auf Herausgabe erkannt ist, so ist hierin sowohl der Tatbestand des § 989 BGB. enthalten, wie auch die Voraussetzungen des § 823 BGB. erfüllt sind. Unter Umständen kann schließlich auch noch der Tatbestand des § 826 BGB. verwirklicht sein. Das Verhältnis der Ansprüche zu einander ist von besonderer praktischer Bedeutung, da die Rechtsbefehle in wesentlichen Punkten Verschiedenheiten aufweisen [64]).

Das Gesetz hat unmittelbar keine Bestimmung über die Lösung des Verhältnisses dieser Ansprüche getroffen. Die herrschende Lehre [65]) hat im Anschluß an das Urteil des RG. im Bande 56 Seite 314 ff. den Grundsatz aufgestellt, daß im Verhältnis des nichtbesitzenden Eigentümers zum Besitzer ein aus der Vereitelung des Herausgabeanspruches sich ergebender Schadensersatzanspruch ausschließlich auf die §§ 989 ff. BGB. gestützt werden könnte. Das Gericht führt in der angegebenen Entscheidung an:

> „Es darf nicht übersehen werden, daß das BGB. die Verletzung des Eigentumsanspruches besonders und eingehend regelt, und daß insoweit die allgemeine, die schuldhafte, widerrechtliche Verletzung des Eigentums behandelnde Norm des § 823 BGB. nicht zur Anwendung kommen kann. Daß dies die Meinung des Gesetzes ist, geht unzweideutig aus § 992 BGB. hervor: nur wenn sich der Besitzer durch verbotene Eigenmacht oder strafbare Handlung den Besitz verschafft hat, haftet er dem Eigentümer gegenüber nach den Vorschriften wegen unerlaubter Handlung. Im übrigen greifen die §§ 989, 990, 993 BGB. Platz . . ."

Die herrschende Lehre beruft sich also auf ein aus § 992 BGB. zu folgerndes argumentum e contrario: Wenn § 992 BGB. anordnet, unter

---

[64]) Vgl. zu dieser Frage v. Liszt, S. 8 ff. Die Verjährungsfrist in den §§ 989 ff. BGB. beträgt 30 Jahre (§ 195 BGB.), der Anspruch aus den §§ 823 ff. BGB. verjährt in 3 Jahren (§ 852 BGB.). Der Besitzer haftet bei Ersatzpflicht nach §§ 989 ff. BGB. für seinen Erfüllungsgehilfen oder seinen gesetzlichen Vertreter dem Eigentümer gegenüber nach § 278 BGB., während bei der Haftung aus §§ 823 ff. § 831 BGB. Platz greift.

[65]) Biermann, vor § 987; Lent, S. 258; Schmidt, S. 168; Wolff, Sachenr., § 85, II.

welchen Voraussetzungen der Besitzer nach den Vorschriften wegen unerlaubter Handlung haften soll, so muß aus dieser Bestimmung der Umkehrschluß gezogen werden, daß in den Fällen, wo diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, eine Haftung nach § 823 BGB. mit Rücksicht auf die in § 989 BGB. gewährten Haftungsprivilegien entfällt [66]).

M. E. kann weder aus dem Wortlaut noch aus dem Zweck der Vorschrift der Ausschluß der Deliktshaftung gefolgert werden. Zuzugeben ist, daß die Rechtsnatur des Anspruches aus § 992 BGB. zweifelhaft ist, und der Wortlaut eine verschiedene Auslegung zuläßt.

Jedenfalls ist m. E. die Auslegung vorzuziehen, daß in § 992 BGB. lediglich die Haftung wegen unerlaubter Handlung eingefügt werden soll, ohne daß jedoch die Rechtsnatur dieser Vorschrift als ein Anspruch wegen unerlaubter Handlung anzusehen ist, sondern auch die Haftung nach § 992 BGB. ist eine Haftung wegen Vindicationsvereitelung.

Dann muß entgegen der herrschenden Meinung eine Konkurrenz zwischen beiden Normengruppen bejaht werden [67]). Die rei vindicatio mit ihren verschiedenen Auswirkungen und Ausläufern muß als Ganzes angesehen werden, sodaß die Ersatzpflichten nur Bestandteil dieser ganzen Klage sind, denn außer Ersatz und Fruchtgenuß sind ja auch Verwendungen geregelt, während die Deliktsklage nur auf Ersatz wegen Verschuldens abzielt, sodaß z. B. ein Ersatz wegen unterlassener Fruchtziehung nach § 823 BGB. nicht verlangt werden kann.

Wenn demgegenüber von den Gegnern dieser Ansicht auf den Zweck der §§ 989 ff. BGB. hingewiesen wird, der dahin geht, für den redlichen, unverklagten Besitzer ein Haftungsprivileg zu schaffen, das aber durch die Zulassung des Deliktsrechts illusorisch würde [68]), so muß darauf entgegnet werden, daß auch bei Annahme einer Konkurrenz beider Normengruppen dem gutgläubigen Besitzer sein Haftungsprivileg erhalten bleiben kann, und zwar nach der Erwägung [69]): was dem besitzenden Nichteigentümer erlaubt ist nach

---

[66]) Staudinger, § 823, II, A, 2d; Planck, § 992, Anm. 1; Prym, S 72.

[67]) Für Anspruchskonkurrenz ebenfalls: Schulz, Gruch. Beitr., Bd. 64/400; v. Liszt, S. 17; Wrzeszinski, S. 46.

[68]) So führt z. B. Schmidt, S. 169, an, daß die Zulassung des Deliktsrechts mit der Möglichkeit des gutgläubigen Eigentumserwerbes gemäß den Bestimmungen der §§ 932, 892 BGB. unvereinbar wäre. Es würde doch sinnlos sein, den einmal eingetretenen Rechtsübergang dadurch wieder rückgängig zu machen, daß man dem früheren Eigentümer einen Schadensersatzanspruch nach §§ 823/249 BGB. einräumte. Fernerhin wird noch geltend gemacht, daß es dem gesunden Rechtsempfinden widersprechen würde und eine Überspannung der Sorgfaltspflicht darstellen würde, wenn z. B. ein Besitzer, der infolge culpa levis die Geschäftsunfähigkeit des Veräußerers nicht erkannt hat, nach Deliktsgrundsätzen für jede Beschädigung haften soll. Es ist unbedingt richtig, daß der Besitzer geschützt werden muß, wenn und solange er im guten Glauben ist. Dafür sprechen auch die §§ 955, I, 1 und 816 BGB., denn dingliche Verfügungen und körperliche Beschädigung verschieden zu behandeln, fehlt es an einem inneren Grund.

[69]) Krückmann, S. 442 ff.

den Vorschriften der §§ 985 ff. BGB., muß ihm absolut erlaubt sein. Ist aber eine Handlung erlaubt, dann kann sie nicht rechtswidrig im Sinne des § 823 BGB. sein. Wenn ein Besitzer eine Sache in der Annahme, es sei seine eigene, beschädigt, so hat er zwar kein Recht auf Vornahme dieser Beschädigung, aber trotzdem muß man sagen, daß ihm diese Handlung gemäß den §§ 989 ff. BGB. erlaubt ist, und zwar nicht nur insoweit die Vorschriften der §§ 985 ff. BGB. in Frage kommen, sondern sie ist dem Besitzer in Ansehung eines jeden zivilrechtlichen Rechtssatzes, also auch des Deliktsrechts erlaubt. Was erlaubt ist, ist im Sinne des Deliktsrechts nicht widerrechtlich. Dietz, a. a. O., S. 241 ff., bestreitet die Richtigkeit der hier entwickelten Lehre. Seiner Ansicht nach kann nur bei Vorliegen einer wirksamen Einwilligung die Widerrechtlichkeit entfallen, nicht aber kann einer Handlung der Charakter der Widerrechtlichkeit genommen werden, wenn nach Vertrag oder Gesetz nur für eine gröbere Art von Schuld gehaftet wird, und eine an sich einen deliktsrechtlichen Tatbestand erfüllende Handlung nur ein geringeres Verschuldensmaß aufweist. Es sei unrichtig, Einwilligung und Haftungsminderungsabrede auf eine Stufe zu stellen und auch einer Haftungsminderungsabrede einen Einfluß auf den konkreten Tatbestand zuzusprechen, sodaß bei ihrem Vorliegen ebenfalls die Widerrechtlichkeit ausgeräumt würde. Bei der Einwilligung entfalle die Rechtswidrigkeit, weil der Inhaber des Rechts mit dem Erfolge einverstanden sei, eine Haftungsminderungsabrede hingegen befasse sich nur mit der Frage des Verschuldens und könne somit auch nicht auf die Widerrechtlichkeit irgendwelchen Einfluß haben.

Dieser Ansicht muß entgegnet werden, daß es unrichtig ist, Berechtigung und Haftungserlaß verschieden zu behandeln. Es muß doch im Prinzip gleich sein, ob ich z. B. jemand beauftrage, mein Haus einzureißen, oder ob ich mit jemand einen Vertrag abschließe, kraft dessen er auf meine Sache aufpassen soll und ich ihn von der Haftung für culpa levis freistelle. Im ersten Fall will ich die Beschädigung des Hauses. Bei einem unentgeltlichen Verwahrungsvertrag will ich zwar keine leichtfahrlässige Beschädigung, aber trotzdem darf er die Sache leichtfahrlässig beschädigen, denn wofür ich ihn nicht verantwortlich machen kann, das darf er und das kann somit nicht widerrechtlich sein[69a]). Wie also bei der Beschädigung des Hauses die Widerrechtlichkeit der vorsätzlichen Eigentumsverletzung wegfällt, so entfällt hier die einer leichtfahrlässigen Eigentumsverletzung.

Wenn Dietz weiterhin geltend macht, das Erlaubtsein beruhe auf einer Willenshaltung des Berechtigten, müsse von ihm gewollt bzw. bezweckt sein und irgendwie dem Vertragsgegner zum Ausdruck gebracht sein, so sind diese Voraussetzungen für den Ausschluß der Widerrechtlichkeit keineswegs erforderlich. Die Berechtigung braucht nicht gewollt zu sein und wird es auch in den wenigsten Fällen sein, sondern vielfach wird sie nur ungern hingenommen.

---

69a) In diesem Sinne der Berichterstatter in mündlicher Besprechung. Vgl. auch Jher. Jahrb., Bd. 52/438 ff. A. A. der Mitberichterstatter in mündlicher Besprechung.

Man denke z. B. an die unvermeidlichen Verletzungen beim Fußballspiel, einem Boxkampf oder einem Zweikampf, insbesondere bei einer studentischen Mensur, auch hier kann doch keine Rede davon sein, daß der Verletzte etwa die Verletzung gewollt hat; aber er nimmt sie hin und ist so mit ihr einverstanden. Es kann nicht richtig sein, daß in dem von Dietz gebildeten Fall, die Widerrechtlichkeit nur dann entfallen soll, wenn der Onkel seinem Neffen den Pfeifenkopf zum Spielen gibt „in der sicheren Erwartung", daß er zerschlagen wird, nicht aber, wenn er dem Jungen den Pfeifenkopf gibt, „in der Hoffnung", er werde heil bleiben. Beide Male muß die Handlung erlaubt sein und kann somit nicht widerrechtlich sein.

Als weiteres Argument gegen die Richtigkeit der oben entwickelten Lehre führt Dietz an, daß eine Erlaubnis, die man nicht bewußt ausüben dürfe, keine Erlaubnis sei. Diese Behauptung beruht m. E. auf einer Verkennung des Wesens und Begriffs der Erlaubnis. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß Fälle unbewußter Rechtsausübung, deren Unmöglichkeit Dietz gerade beweisen will, im täglichen Leben nicht selten sind. Nehme ich z. B. eine mir gehörende Sache in der Meinung, es sei eine fremde, an mich, so handele ich doch rechtmäßig, obwohl ich mir nicht bewußt bin, daß ich von einer gesetzlichen Erlaubnis Gebrauch mache. Oder erlaubt ein Grundbesitzer seit Jahren, daß Menschen über sein Grundstück einen ihm gehörenden Privatweg einschlagen, so ist doch auch einem Fremdling, dem diese Berechtigung nicht bekannt ist und der den Weg mit schlechtem Gewissen benutzt, die Benutzung des Weges erlaubt. Daß das Bewußtsein zur Rechtsausübung keineswegs erforderlich ist, zeigt sich besonders bei Unterlassungen, die viel häufiger unbewußt vorgenommen werden als Rechtsausübungshandlungen. Erlaubt z. B. der Vertragsbegriff bestimmte Unterlassungen, und unterlasse ich, da ich alles vergessen habe, so ist doch auch dieses Unterlassen unbewußt, kann aber niemals rechtswidrig sein. Gerade Unterlassungsrechte werden außerordentlich häufig unbewußt ausgeübt.

Es ist eben Rechtsausübung möglich, ohne zu wissen, daß man hierzu berechtigt ist. Die Erlaubnis ist tatsächlich eine Ermächtigung, und geht man von dieser Tatsache aus, so entfallen alle von Dietz begriffsjuristisch aufgestellten Schwierigkeiten.

Aus diesen Erörterungen ergibt sich nun, daß Handlungen in dem Umfang, wie sie nach den §§ 985 ff. BGB. erlaubt sind, nicht nach § 823 BGB. verfolgt werden können. Es ist aber zu beachten, daß die Deliktshaftung nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil neben den Ansprüchen aus den §§ 985 ff. ein Deliktsanspruch nicht möglich sein soll, sondern weil eine wesentliche Voraussetzung des Deliktsanspruches, die Widerrechtlichkeit, vom Gesetz ausgeräumt ist. Verfährt man auf diese Weise, so kommt man in allen wesentlichen Punkten zu denselben Ergebnissen wie die herrschende Lehre, vermeidet aber ihre Schwierigkeiten. Durch die Sonderhaftung der §§ 985 ff. BGB. ist der deliktsrechtlichen Ersatzhaftung etwas an Wirkung genommen nach der Erwägung: Was erlaubt ist, ist erlaubt.

Daß die ganze Sachlage, auf diese Weise bewirkt, folgerichtiger und klarer ist, zeige noch folgendes Beispiel: Wenn A sich auf Grund eines nichtigen Mietvertrages ohne grobe Fahrlässigkeit für den Mieter hält und die Sache beschädigt, obschon ihm bekannt ist, daß er als Mieter die Sache nicht beschädigen darf, so würde bei konsequenter Durchführung der Ansicht der herrschenden Meinung ein Schadensersatzanspruch überhaupt nicht gegeben sein. Eine vertragliche Haftung entfällt, da ein rechtswirksamer Vertrag nicht vorhanden ist. Die Voraussetzungen der §§ 989 ff. BGB. sind ebenfalls nicht erfüllt, und eine Haftung nach den Vorschriften wegen unerlaubter Handlung nicht möglich, weil der Besitzer weder durch verbotene Eigenmacht noch durch eine strafbare Handlung sich in den Besitz der Sache gesetzt hat. Dieses Ergebnis ist widersinnig und widerspricht dem gesunden Rechtsempfinden. Das RG. hat in der Entscheidung Bd. 101, S. 307 ff., diesem Umstand Rechnung getragen und eine

„notwendige, im Sinne jener Entscheidung (RG. 56/314 ff.) selber sich verstehende Einschränkung gemacht"

und eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß ein unrechtmäßiger Besitzer, der auf die Sache in einer im Widerspruch auch zu seinem vermeintlichen Besitzrecht stehenden Weise einwirkt, nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 823 ff. BGB. haften müsse. Diese Folgerung ergebe sich schon aus der einfachen Überlegung, daß sonst ein Schadensersatzanspruch in den Fällen überhaupt nicht begründet sei, in denen jemand für den Eigentümer den Besitz ausübe (Fremdbesitzer), wenn dieser bis zum Zeitpunkt der Eigentumsverletzung den Besitz redlich ausübe und daß nicht einmal dann ein Schadensersatzanspruch gegen den Besitzer begründet sei, wenn dieser sich einer Untreue oder Unterschlagung schuldig gemacht habe. In beiden Fällen fehle es sowohl an der in § 992 BGB. geforderten Art und Weise der Besitzerlangung als auch an der Unredlichkeit vor dem Zeitpunkt der Eigentumsverletzung (§ 990 BGB.). Dieser Besitzer müsse deshalb unmittelbar nach den Vorschriften wegen unerlaubter Handlung haften [70]).

Die herrschende Lehre macht demnach rechtspolitischen Gründen entsprechend von dem Grundsatz des absoluten Ausschlusses des Deliktsrechts im Verhältnis Eigentümer — unrechtmäßiger Besitzer eine Ausnahme. Sie muß aber zugeben, daß die Zulassung des Deliktsrechts für diese Fallgestaltung (siehe Beispiel auf Seite 19) gegen den Wortlaut des § 992 BGB. verstößt. Wenn sie sich demgegenüber aber auf die Entstehungsgeschichte und den Willen des Gesetzgebers beruft, der in den Gesetzesmaterialien deutlich zu Tage treten soll, so genügt dies m. E. schwerlich, diese Ausnahme zu rechtfertigen [71]) [72]).

---

[70]) Klatzko, S. 60.

[71]) Protokolle III, S. 346; RG. 101/311; Klatzko, S. 60; Dietz, S. 206.

[72]) Prym, S. 81, hält sich sehr streng an den Wortlaut des Gesetzes in §§ 987 ff. BGB.: „Aussichtslos ist es von vornherein, die Schwierigkeit dadurch zu lösen und das gewünschte Resultat dadurch herbeizuführen, daß man in diesem Falle den Besitzer dem Eigentümer gegenüber deliktisch verantwortlich macht. Denn die

Geht man indes von der im Text entwickelten Ansicht aus, so bietet dieser Fall keine Schwierigkeit. Dem A ist lediglich die ordnungsmäßige Benutzung der Sache erlaubt, keineswegs aber die Beschädigung der Sache. Da nun die Beschädigung der Sache nicht erlaubt ist, entfällt auch nicht das Tatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit, und das Deliktsrecht kann ohne weiteres zum Zuge kommen.

Fernerhin sei noch folgender Fall kurz gestreift, der ebenfalls zeigen soll, daß die Annahme einer Konkurrenz beider Normengruppen mit dem Hinüberwirken der Sondervorschriften der §§ 985 ff. BGB. auf das Deliktsrecht praktischer und folgerichtiger ist.

Der Besitzer A hat die Sache nicht mehr. Er hat sie verloren, und der Eigentümer erlangt sie über die Polizei wieder. Der Eigentümer verlangt jetzt von dem A Ersatz wegen Beschädigung während der Dauer des Besitzes. Die §§ 985 ff. BGB., deren Grundlage die Herausgabepflicht der vom Beklagten besessenen Sache ist, können nicht zur Anwendung kommen, da diese voraussetzen, daß der Beklagte Besitzer ist. Denn mangels einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Bestimmung ist wohl auf Grund allgemeiner Erwägung zu schließen, daß die §§ 987 ff. BGB. nur eine nähere Ausgestaltung bzw. Anhängsel der §§ 985 ff. BGB. sind, denen also keine selbständige Bedeutung zukommt. Demnach ist folglich auch für die Anwendbarkeit der §§ 987 ff. BGB. Voraussetzung, daß der Beklagte noch Besitzer der Sache ist.

Es bleibt somit nur eine Haftung aus §§ 823 ff. BGB. möglich. War der Besitzer während der Dauer des Besitzes im guten Glauben, so kann ihm nach Ansicht der hier entwickelten Lehre sein Haftungsprivileg unbedingt erhalten bleiben; denn war ihm während der Dauer des Besitzes eine Handlung gemäß § 989 BGB. erlaubt, so ist insoweit die Widerrechtlichkeit ausgeschaltet und für die Anwendbarkeit der Deliktshaftung kein Raum.

Die herrschende Lehre ist indes gezwungen — soweit sie die §§ 987 ff. BGB. nur als eine nähere Ausgestaltung bzw. Bestandteil des § 985 BGB. ansieht — das Deliktsrecht uneingeschränkt zum Zuge zu bringen, sodaß der Besitzer seines etwaigen Haftungsprivileges verlustig geht.

## § 9.

### Konkurrenz der Ansprüche aus §§ 861, 1007, 985 und 823/249 BGB.

Ein rechtlich erheblicher Vorgang kann sowohl den Voraussetzungen des Anspruches aus § 861 BGB. wie denen des § 1007 BGB. genügen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn dem gutgläubigen Besitzer eine bewegliche Sache durch verbotene Eigenmacht abhanden gekommen ist, der derzeitige Besitzer

---

Deliktshaftung ist ausgeschlossen, und zwar für jeden Besitzer, nicht bloß für den redlichen, sondern auch für den unredlichen, nicht nur für den Eigenbesitzer, sondern auch für den Fremdbesitzer."

der Täter, dessen Erbe oder ein Besitznachfolger ist, der die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe gekannt hat, vorausgesetzt natürlich, daß die Voraussetzungen der §§ 861 II bzw. 1007 III BGB. nicht vorliegen. Ein besonderer Unterschied zwischen beiden Klagen besteht hinsichtlich der Möglichkeit der Geltendmachung von Gegenrechten.

Klagt der Berechtigte aus § 861 BGB., — in der Praxis wird der Erfolg der Klage aus § 861 BGB. durch einstweilige Verfügung leichter erreicht; § 861 BGB. wird deshalb kaum praktisch — so erlangt er damit lediglich die bloße Wiedereinräumung der tatsächlichen Gewalt, andererseits können diesem Anspruch weder dingliche noch sonstige Rechte zur Rechtfertigung der Entziehung entgegengehalten werden. Hierin offenbart sich gerade der Charakter der §§ 861 ff. BGB. Die Klage aus § 861 BGB. stellt sich als ein privatrechtliches Polizeimittel dar [73]). Der Besitz soll sicher sein, ob dagegen zu Recht, ist für die Klage aus § 861 BGB. belanglos [74]).

Klagt der frühere Besitzer hingegen aus § 1007 BGB., so erlangt er zunächst ebenfalls nur die bloße Wiedereinräumung der tatsächlichen Gewalt. Für die Klage aus § 1007 BGB. ist aber noch bedeutsam, daß der Abs. III dieser Vorschrift auf die §§ 986 ff. BGB. verweist, die entsprechende Anwendung finden sollen, sodaß der frühere Besitzer neben der Wiedereinräumung der tatsächlichen Gewalt unter Umständen auch Nutzungen bzw. bei Vereitelung des Herausgabeanspruches Schadensersatz verlangen kann. Andererseits ist aber von großer Bedeutung, daß im Gegensatz zu der Klage aus § 861 BGB. der Anspruch aus § 1007 BGB. entfällt, wenn der Beklagte ein Recht zum Besitz geltend macht und daß er unter Umständen Ersatzansprüche nach den Vorschriften der §§ 994—1003 BGB. geltend machen kann [75]). Dem früheren Besitzer stehen beide Klagen zur Verfügung, die er gemäß § 260 ZPO. miteinander verbinden kann.

---

[73]) RG. in JW. 1931, S. 2905 zu 5: Der Besitzschutz ist die Ordnungspolizei auf dem Gebiete des Privatrechts.

[74]) Krückmann, Inst., S. 569: Der Besitz als solcher, die Innehabung der tatsächlichen Gewalt, wird der Ordnung und der Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens halber gesichert.

[75]) Folgende Übersicht diene zum besseren Verständnis des Wesens und der Verschiedenartigkeit beider Ansprüche: Endemann, III, S. 249:

| Der Anspruch | aus § 861 BGB. | aus § 1007 BGB. |
|---|---|---|
| steht zu: | dem früheren Besitzer, | dem gutgläubigen Besitzer. |
| geht auf: | Wiedereinräumung des Besitzes, | Herausgabe der Sache. |
| auf Grund: | des Besitztatbestandes, | des Rechts zum Besitze. |
| bei: | Fahrnis und Grundstücken, | nur bei Fahrnis. |
| wegen: | verbotener Eigenmacht, | unfreiwilligen Verlustes. |
| | kein Einwand aus dem Recht zum Besitze, | Jeder Einwand aus Recht zum Besitze. |
| | Ausschlußfrist 1 Jahr, | Verjährung 30 Jahre. |

Was nun das Verhältnis der Ansprüche zueinander betrifft, so ist heute anerkannten Rechts, daß beide im Verhältnis der Anspruchskonkurrenz stehen [76]).

Es sind demnach zwei völlig selbständige, voneinander unabhängige Ansprüche vorhanden. Von Bedeutung ist noch die Frage, welchen Einfluß das über einen Anspruch ergangene Urteil für den anderen hat. Unterliegt der Kläger bei der Durchführung der Klage aus § 861 BGB., so kann er ohne weiteres noch die Klage aus § 1007 BGB. anstrengen, wie andererseits auch der Beklagte, wenn der Kläger mit der Klage aus § 861 BGB. ein obsiegendes Urteil erwirkt, noch die Möglichkeit hat, aus § 1007 BGB. zu klagen; denn die Klage aus § 861 BGB. gewährt im „Verfahren kurzer Hand" nur einen provisorischen Schutz. Zweifel ergeben sich nur hinsichtlich der Frage, ob nach Geltendmachung des Anspruches aus § 1007 BGB. der jeweils Unterlegene noch auf § 861 BGB. zurückgreifen kann. Die Entscheidung über diese Frage hängt davon ab, ob durch den Anspruch aus § 1007 BGB. über ein „Recht an der Sache" im Sinne des § 864 II BGB. entschieden wird. Planck [77]) wie auch Staudinger [78]) halten sich streng an den Wortlaut des Gesetzes und bezeichnen als „Recht an der Sache" ausschließlich dingliche Rechte. Andere namhafte Autoren [79]) gehen über den Wortlaut des Gesetzes hinaus und lassen aus praktischen Erwägungen auch ein obligatorisches Recht oder ein Recht aus früherem Besitz genügen, denn es sei unbillig und widerspräche dem gesunden Rechtsempfinden, wenn z. B. der Mieter, der dem Vermieter die gemietete Sache eigenmächtig abgenommen habe, gegen die Klage des Vermieters aus § 861 BGB. nicht mit der Widerklage aus § 864 BGB. durchdringen würde. Dieser Ansicht gebührt der Vorzug, zumal sie den praktischen Bedürfnissen weitgehend Rechnung trägt, und auch die Entstehungsgeschichte und der Grundgedanke diese Ausdehnung zulassen [80]). Wird dem-

---

[76]) Schmidt, S. 13; Wolff, Sachenr., § 23, Anm. 22; v. Tuhr, S. 281; a. A. Hellwig, Rechtskraft, § 50, § 861, sei bei beweglichen Sachen lex specialis zu § 1007 . . .; Lent, Bei Zusammentreffen von § 861 und 1007 BGB. liegt Idealkonkurrenz vor. Vgl. hierzu Schmidt, S. 28 ff.

[77]) § 864, Anm. 2 a. aa. „Recht an der Sache ist nach der Terminologie des BGB. ein dingliches Recht."

[78]) § 864, Anm. 2 c.

[79]) Wolff, Sachenr., § 19, Anm. 17; RGR. Kom., § 864, Nr. 3; RG. 107/259 (Es widerspricht jedoch dem Wortlaut des Gesetzes, wenn das RG. ein vor der Verübung der verbotenen Eigenmacht erwirktes Urteil für ausreichend erachtet.) Biermann, § 864: „Man darf den Ausdruck nicht pressen und auch die Feststellung eines obligatorischen Rechts für genügend erachten müssen."

[80]) Motive III, S. 131: „Der Zweck der Vorschrift geht dahin, daß eine possessorische Restitution mit einer ihr folgenden, dem materiellen Rechte entsprechenden Restitution als unnötiger Umweg vermieden werden soll." Vgl. ferner RGR. Kom., § 864, Nr. 3; Neumann, Handausgabe zum BGB., Berlin 1905, zu § 864, II, 2 b. Aber auch die Verfechter der gegenteiligen Ansicht kommen mit Hilfe der §§ 226, 826 BGB. zu dem gleichen Ergebnis. Die nachträgliche Erhebung des Possessoriums sei unstatthaft, weil sie lediglich den Zweck verfolge, den Gegner zu schädigen.

nach in der Klage aus § 1007 BGB. festgestellt, daß der Dejizient ein Recht auf den von ihm eigenmächtig hergestellten Besitzstand hat, so geht damit ein etwaiger Anspruch aus § 861 BGB. unter. In all den Fällen nun, wo der frühere Besitzer zugleich Eigentümer der Sache ist, steht ihm außer den Ansprüchen der §§ 861 und 1007 BGB. auch noch der Anspruch aus § 985 BGB. zu, und es besteht nahezu Einigkeit darüber, daß alle diese Ansprüche im Verhältnis der Anspruchskonkurrenz stehen [81]). Der Kläger wird den Anspruch aus § 985 BGB. den Klagen aus §§ 861 bzw. 1007 BGB. vorziehen, weil er gleichzeitig durch ein obsiegendes Urteil eine Feststellung über sein Eigentum erhält. Glaubt er indes, beim Nachweis seines Eigentums auf Schwierigkeiten zu stoßen, so wird er sich zweckmäßig der Klage aus §§ 861 bzw. 1007 BGB. bedienen; denn der Nachweis früheren Besitzes wird oft leichter zu erbringen sein, als der des Eigentums.

In diesem Zusammenhang ist noch die Frage von Interesse, ob und inwieweit ein Urteil aus § 1007 BGB. sich auf den Anspruch aus § 985 BGB. auswirkt. Auch hier ist mit der herrschenden Lehre anzunehmen, daß eine endgültige Entscheidung über den Anspruch aus § 1007 BGB. dem Anspruch aus § 985 BGB. nicht präjudiziert [82]). Dem Kläger bleibt es also unbenommen, bei Abweisung der Klage aus § 1007 BGB., den Anspruch aus § 985 BGB. geltend zu machen, wie andererseits es dem Beklagten im Falle des Obsiegens des Klägers freisteht, Klage aus dem Recht zu erheben [83]).

Hinsichtlich des Zieles der Ansprüche ist noch darauf hinzuweisen, daß im Gegensatz zu § 861 BGB. die Ansprüche aus §§ 1007 und 985 BGB. nicht nur die Wiedereinräumung der tatsächlichen Gewalt zum Gegenstand haben, sondern darüber hinaus auch u. U. gemäß §§ 1007 III 987 ff. BGB. auf Nutzungen bzw. bei Vereitelung des Herausgabeanspruches auf Schadensersatz gerichtet sind. Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß gemäß § 1007 BGB. die §§ 986 ff. BGB. nur „entsprechende" Anwendung finden [84]), was zur Folge hat, daß dem früheren Besitzer nicht die sekundären Ansprüche ohne Rücksicht auf sein Recht an der Sache zustehen, sondern der

---

[81]) Planck, § 1007, Anm. 8a; Staudinger, § 1007, III a; Wolff, Sachenr., § 23, IV, 1.

[82]) Planck, § 1007, Anm. 8a; v. Gierke, Privatr., Bd. II, § 116, Note 82; a. A. v. Gierke, Fahrnisbesitz, S. 65: Lautet das Urteil auf Herausgabe, so steht eindeutig fest, daß der Beklagte dem Kläger gegenüber kein Recht zum Besitz hat; denn er habe ja jedes bessere Besitzrecht geltend machen können. Bei einer Klageabweisung stehe aber einer neuen Klage aus dem Recht die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache insoweit entgegen, als über das bessere Besitzrecht erkannt sei." Diese Ansicht v. Gierkes ist mit Recht allgemein abgelehnt worden, weil sie dem Grundgedanken der ZPO. widerspricht. Klagegrund des § 1007 BGB. ist lediglich der frühere Besitz, nicht aber das Recht zum Besitz, und nach § 322 ZPO. erwächst ein Urteil nur insoweit in Rechtskraft, als über den geltend gemachten Anspruch entschieden ist, nicht aber erwächst eine Einrede bzw. Einwendung in Rechtskraft.

[83]) Biermann, § 1007, Anm. 7.

[84]) Es unterliegt keinem Zweifel, daß z. B. § 998 BGB. keine Anwendung finden kann.

Umfang der Nebenansprüche sich nach dem dem Besitz zugrunde liegenden Recht richtet.

So hat z. B. der Besitzer, auch wenn er ein Recht zum Besitz hat, nicht im gleichen Umfange die Nebenansprüche wie der Eigentümer oder ein sonstwie dinglich Berechtigter. Er kann nur sein Besitzinteresse verlangen, zu dessen Festsetzung auf das Recht zum Besitz bezug genommen werden muß [85]).

Der Ansicht von Mitteis [86]) und anderen namhaften Autoren, die Wiedereinräumung des Besitzes könne nicht auf Grund der §§ 823/249 BGB. [87]) verlangt werden, da sonst die Ausschlußfrist des § 864 II BGB. nahezu illusorisch würde, kann nicht beigepflichtet werden, weil sie — wie Heck [88]) treffend ausführt — auf einer Verkennung des Grundgedankens und der Funktion der §§ 861 ff. BGB. beruht.

Wie schon eingangs bemerkt, dient die Klage aus § 861 BGB. der Sicherung und Aufrechterhaltung der Ordnung. Durch ein Schnellverfahren unter privilegierten Voraussetzungen soll der frühere Zustand wieder hergestellt werden. Diese Möglichkeit der Wiedereinräumung der tatsächlichen Gewalt soll dem früheren Besitzer aber nur binnen Jahresfrist gegeben sein. Keineswegs will das Gesetz aber zum Ausdruck bringen, daß die Rückforderung nach Ablauf dieser Frist ein materielles Unrecht sei. Fernerhin spricht aber auch gegen die Auffassung Mitteis', daß § 1007 BGB. ebenfalls den Besitz schützt und demnach folgerichtig die Beschränkung auch auf diese Klage übertragen werden müßte, eine Folgerung, die aber von niemandem gezogen wird.

Es ist folglich daran festzuhalten, daß dem früheren Besitzer außer den Ansprüchen aus §§ 861, 1007, 985 BGB. auch der Anspruch aus §§ 823/249 BGB. gegeben ist.

---

[85]) Wolff, Sachenr., § 23, III, 2 b.

[86]) Cosack-Mitteis, § 12, II, 3: Ist wegen Besitzentziehung Schadensersatz zu leisten, so kann dieser niemals auf Naturalrestitution, d. h. Herstellung des alten Besitzstandes gehen, da durch die längeren Verjährungsfristen (§ 852 BGB.) des Deliktsanspruches die Frist des § 864 II BGB. glatt aufgezehrt werden würde." Wolff, Sachenr., § 16, I, 3 (Bearb. 1929). „Dagegen wird der Anspruch des Besitzers auf Herausgabe des entzogenen Besitzes nicht auf die §§ 823/249 BGB. gestützt werden können, da sonst die ausschließliche Frist des § 864 II BGB. für die Besitzklage glatt aufgezehrt werden würde." In der neuesten Bearbeitung hat Wolff diesen Satz weggelassen (9. Bearb. 1932, § 16, I, 3).

[87]) Auf die Streitfrage, ob der Besitz ein Recht im Sinne des § 823 BGB. ist, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Die herrschende Lehre rechnet jedenfalls den Besitz zu den durch § 823 I BGB. geschützten Rechten. Krückmann, Inst., S. 357; Heck, § 14, 8; Schmidt, S. 190; Lent, S. 190. Wenn man den Besitz nicht als durch § 823 BGB. geschützt ansieht, so greift jedenfalls § 823 II 858, 249 BGB. durch.

[88]) Sachenr., § 14, 8, 2.

## § 10.

### Zusammenfassung.

Bei der Bearbeitung der Konkurrenzfälle konnten natürlich nicht alle irgendwie möglichen Fallgestaltungen, die vielleicht in den Rahmen des Themas fallen, zum Gegenstand der Erörterung gemacht werden und nach allen Seiten hin ausgiebige Antwort und Begründung finden. Deshalb hat sich vorliegende Arbeit auf solche Fälle beschränkt, denen besondere praktische Bedeutung zukommt und die von Interesse sind.

Die Ergebnisse der vorangegangenen Untersuchungen lassen sich wie folgt kurz zusammenfassen:

1.) Bei Zusammentreffen des Anspruches aus § 812 BGB. mit der rei vindicatio oder mit einem Anspruch wegen unerlaubter Handlung liegt Anspruchskonkurrenz vor.

2.) Anspruchskonkurrenz ist gegeben bei Zusammentreffen eines Anspruchs aus Vertrag mit einem Anspruch aus den §§ 985 ff. BGB.

3.) Anspruchskonkurrenz ist gegeben zwischen Ansprüchen aus §§ 985 ff. BGB. und einem Anspruch wegen unerlaubter Handlung.

4.) Anspruchskonkurrenz liegt vor bei Zusammentreffen der Ansprüche aus §§ 861, 1007, 985 und 823/249 BGB.

## Lebenslauf.

Ich bin am 5. Dezember 1910 als Sohn des Masseurs Wilhelm Berger und seiner Ehefrau Sophie geb. Weymann in Dortmund geboren, Reichsdeutscher und evangelischer Religion. Von Ostern 1917 an besuchte ich zunächst die Elementarschule in Dortmund, dann das Bismarck-Realgymnasium zu Dortmund, welches ich Ostern 1931 nach Bestehen der Reifeprüfung verließ. Ich studierte daraufhin Rechts- und Staatswissenschaft an den Universitäten: Rostock S.-S. 1931, Bonn W.-S. 1931/32, Leipzig S.-S. 1932 und Münster W.-S. 1932/33 bis S.-S. 1934. Am 27. April 1935 bestand ich beim Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 5. Juni 1935 befinde ich mich als Referendar im Vorbereitungsdienst und bin z. Zt. beim Landgericht in Dortmund. Meine mündliche Doktorprüfung legte ich am 10. Juni 1936 ab.